



## **Boekbespreking van *Digitale diversiteit***

In: *Computerrecht*, 2006-2, nr. 67, p. 137-140.

### **E.J. Dommering**

Peggy Valcke, *Digitale Diversiteit, Convergentie van Media-, Telecommunicatie- en Mededingingsrecht*, Brussel/Gent: Larcier 2004, 823 pp.

#### **De inhoud van het boek**

Het 823 pagina's tellende boek dat ter bespreking voor ligt is de bekorte (sic!) handelseditie van het op 25 november 2003 aan de Universiteit van Gent bij de Jos Dumortier en Herman Cousy (co-promotor) verdedigde gelijknamige proefschrift. Het bouwt verder op eerdere studies aan het Leuvense ICRI onder leiding van Dumortier, met name de studie van Caroline Uyttendaele, *Openbare informatie- Het juridisch statuut in een convergerende mediaomgeving* (Antwerpen: Maklu 2002). De onderzoekshypothese van de studie is, kort gezegd, of in de nieuwe omgeving van het onbeperkte elektronische informatie aanbod, het mededingingsrecht volstaat als reguleringsmodel van de doeleinden die van oudsher door het sectorspecifieke media- en telecommunicatie recht worden nagestreefd, namelijk pluralisme en eerlijke mededinging. Daarmee bestrijkt de studie een breed gebied, omdat het samen neemt wat van oudsher gescheiden is: het mediarecht dat zich bezighoudt met het nastreven van het pluralisme in openbaar informatieaanbod, het telecommunicatierecht dat toegang en concurrentie op de distributiemarkt reguleert en het generieke mededingingsrecht dat beide doet. De scheiding van mediarecht en telecommunicatierecht heeft in Duitsland en België dan nog de extra complicatie dat het eerste domein tot de cultuur wordt gerekend en daarmee tot de staatkundige competentie van de Länder, respectievelijk de Taalgemeenschappen. De nieuwe diensten die niet passen in de oude onderscheiding omroep/telecommunicatie leveren daarom niet alleen een interessant horizontaal gevecht tot behoud of tot uitbreiding van regulatoire competenties op tussen de bureaucratieën die van oudsher over deze domeinen gaan, zowel op EG niveau als op niveau van de Lidstaten, maar in deze landen ook nog vergelijkbare verticale schermutselingen tussen de Federatie en de Locale gemeenschappen.

De studie pakt dit gecompliceerde onderwerp als volgt aan. Het eerste hoofdstuk ('De digitale mediaomgeving'), dat een overwegend technische oriëntatie heeft, beschrijft de convergentie processen die op het vlak van telecommunicatie en publiek informatie aanbod gaande zijn. Enerzijds is dat de individualisering en voortschrijdende interactiviteit van (elektronische) communicatie waardoor de scheiding tussen openbare en individuele communicatie (en daarmee het regulatoire domein) steeds moeilijker valt te maken. Anderzijds groeien infrastructuren en telediensten naar elkaar toe doordat de digitalisering van het informatie aanbod elke infrastructuur en teledienst geschikt maakt voor elke communicatievorm. Vooral omroepactiviteiten via Internet rukken op, maar ook de omgekeerde trend van interactieve communicatie via omroepdistributiekanaalen tekent zich af. Hoofdstuk 2 bevat een analyse van het begrip pluralisme. Hoofdstuk 3 houdt zich bezig met de vraag welke bijzondere bedreigingen de nieuwe technische ontwikkelingen voor het pluralisme betekenen. Dit hoofdstuk sluit het eerste deel af (232 pagina's). In deel II komen in twee omvangrijke hoofdstukken aan de orde de bestaande sectorspecifieke regels in verschillende landen (175 pagina's) . De aanpak is hier volgens het lagenmodel dat communicatieprocessen stapelt (van boven naar beneden) in

informatie/telediensten/infrastructuur. Deel III beschrijft in twee hoofdstukken het Europese en het Belgische mededingingsrecht toegespitst op media en telecommunicatie (210 pagina's). Het boek rondt af met een algemene conclusie, die er op neer komt dat wij het voortaan vooral met mededingingsrecht moeten doen. Klaarblijkelijk acht de schrijfster haar onderzoekshypothese bewezen.

### **Analyse en beoordeling**

Hoofdstuk 2 van het eerste deel is, voor wat mij betreft, het interessantste hoofdstuk van het hele boek. Het verdient het om afzonderlijk nauwkeurig te bestuderen, omdat het een van de beste analyses van het veelduidige begrip pluralisme (waarover hierna) is die ik ken. Het is jammer dat dit hoofdstuk niet voorop is geplaatst, omdat het begrip pluralisme de rode draad in alle volgende hoofdstukken vormt. Het eerste hoofdstuk past bovendien slecht in het geheel, omdat het trends beschrijft die in de delen II en III uitgebreid aan bod komen bij de beschrijving van het positieve recht. Hoofdstuk 3 in deel II sluit dan weer slecht aan op hoofdstuk 2. In dit hoofdstuk wordt de bedreiging voor het pluralisme geschetst, die, blijkens de inhoud van dit hoofdstuk, echter wordt toegespitst op het ontstaan van bottlenecks in verticaal geïntegreerde media en telecommunicatie infrastructuren. Hier passeren de fusies van Time Warner met America on Line (AOL) en de expansie van Vivendi de revue. Behalve dat dit hoofdstuk vooruit loopt op deel III, wordt het voor de lezer niet duidelijk waarom de bedreiging tot deze factor blijft beperkt. Uit het voorgaande hoofdstuk volgde immers dat er veel meer bedreigingfactoren zijn, ook in een digitale omgeving, dan de factor verticale integratie tussen distributie en informatie ('content').

In het hoofdstuk over pluralisme wordt helder uit de doeken gedaan dat dit een term is die een veelkleurige lading dekt. Pluralisme kan bestaan in de toegang van meer aanbieders van openbare informatie tot de markt, toegang van meer aanbieders in de distributiemarkt en aanbod van diversiteit van informatie-inhouden. In mijn woorden: de *mediafactor*, de *distributiefactor* en de *informatiefactor*; de schrijfster spreekt van de *diversiteitsketen*. De term 'pluriformiteit' die wij in Nederland als verzamelterm gebruiken ziet *stricto sensu* alleen op de informatiefactor. De schrijfster laat zien dat vermindering van aanbieders (in de distributielaag en/of de informatielaag) niet noodzakelijkerwijs tot vermindering van diversiteit van aanbod van informatie-inhouden behoeft te leiden. Omgekeerd heeft de vermeerdering van het aantal aanbieders niet automatische vermeerdering van de diversiteit van het aanbod tot gevolg. De overheid kan bijvoorbeeld diversiteit in het aanbod van informatie en het aantal aanbieders realiseren door middel van een of enkele publiekrechtelijk georganiseerde organisaties die de opdracht krijgen om een verscheidenheid van informatie te produceren voor een breed publiek. Dit is het oude model van de publieke omroep dat vooral in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk opgeld deed. De toegang tot dit monopolistische model voor meer (politiek of maatschappelijk georiënteerde) aanbieders was virtueel verzekerd door een vertegenwoordigingsconstructie aan de top van de organisatie waarin geacht werden alle belangrijke maatschappelijke groeperingen te zijn vertegenwoordigd. Men noemt dit ook wel een model van *intern pluralisme*. Dit model kan worden aangevuld (zoals bijvoorbeeld in Nederland) met *extern pluralisme* doordat maatschappelijke stromingen rechtstreeks toegang tot de distributie krijgen door middel van verenigingen die geacht worden die stromingen te vertegenwoordigen, aangevuld met een toegangsregeling voor organisaties van minderheden. Het gebrek aan aanbieders wordt in beide gevallen dus gecompenseerd door democratische controle op de input van het aantal en de soort van aanbieders en controle op de output door een in het publiek recht verankerde plicht gevarieerd (en dat betekent: niet uitsluitend sport en amusement) te programmeren. Dit model wordt verder gevoed door subsidiestromen en door distributieverplichtingen (de zogenaamde *must carry* die op alle distributeurs drukt als het om publieke omroep gaat). In de ideale situatie geldt dus: het informatie aanbod wordt geacht te zijn verzorgd door iedereen, betaald door iedereen, bestemd voor iedereen en toegankelijk te zijn

voor iedereen. Het overheersende kenmerk van dit model is dat het een aanbodmodel is. Het ziet vooral op *politiek* pluralisme.

Kijken we naar een vrije markt dan gelden andere wetmatigheden, die behoren tot het vraagmodel dat wij ook als *economisch* pluralisme zouden kunnen kenschetsen. Beperking van het aantal aanbieders van informatie behoeft niet tot vermindering van informatie-inhouden te leiden. Binnen een concern kan immers de pluriformiteit van informatie-inhouden verzekerd worden door interne subsidie van elite culturele producten uit de opbrengst van goedlopende massa producten. De economische ontwikkeling van de markt leert dat deze zich uitkristalliseert in een massamarkt en flankerende nichemarkten die vanuit één aanbieder kunnen worden bediend. De overheid heeft in het verleden deze ontwikkeling voor het boek ondersteund met regulering van de boekenprijs (de zogenaamde vaste boeken prijs die de prijs van het massaboek in het verkoopkanaal kunstmatig hoog houdt om uit de meeropbrengst het minder goed verkopende culturele boek te financieren). Omgekeerd behoeft vergroting van het aantal aanbieders niet tot vergroting van het aanbod van informatie-inhouden te leiden. In een concurrerende markt zullen aanbieders (die om economische en niet om politieke redenen zijn toegetreden) gaan concurreren op het lucratieve massasegment en dus “meer van hetzelfde” bieden. Dat is het beeld van de markt van commerciële omroep. Op den duur treedt hier echter ook nichevorming op. Dat gebeurt eerder in de radiomarkt, omdat de productiekosten zoveel lager zijn dan bij televisie en de terugverdienkosten dus ook, zodat kleinere markten bediend kunnen worden. Wij hebben in Nederland gezien dat de overheid die natuurlijke ontwikkeling heeft verstoord door de financiële toetredingsdrempels voor de radiomarkt zodanig te verhogen (door uitgifte van het spectrum tegen hoge prijzen) dat terugverdien mogelijkheden in de nichesegmenten afnamen. Jaren lang is er een politiek debat geweest dat heruitgifte van de bij marktpartijen in gebruik zijnde radiofrequenties noodzakelijk was om de pluriformiteit van het aanbod te verhogen. De overheid heeft dat nog willen versterken door programmavoorschriften aan delen van de markt op te leggen (nichevorming van bovenaf!). De hoge prijzen die moesten worden betaald om frequenties te verwerven of te behouden dreven de partijen naar het lucratieve massasegment, terwijl de aan programma voorschriften gebonden aanbieders noodlijdend bleven, omdat nichemarkten niet op bevel van de overheid gevormd kunnen worden. Het resultaat van het beleid was dus precies het omgekeerde van wat werd beoogd: meer homogeniteit dan pluriformiteit bij vergroting van het aantal aanbieders.

Op distributieniveau is de situatie overzichtelijker. Monopolievorming kan hier beperkend werken op de toetreding van het aantal informatieaanbieders, een tendens die nog wordt versterkt, zoals de schrijfster terecht constateert, wanneer verticale integratie tussen informatieaanbieders en aanbieders van infrastructuur (en eventueel telediensten) optreedt.

Bij de afronding van deel I mis ik de ontwikkeling van een duidelijk analytisch model wat de overheidsinstrumenten zijn om pluralisme te bevorderen. De schrijfster had hier meer expliciet mogen maken van wat impliciet wel in de analyse aanwezig is. Ik gaf al aan dat ik de analyse van de bedreiging van het pluralisme gelegen in horizontale en verticale integratie van digitaal informatieaanbod met distributie wel onderschrijf, maar ook te beperkt vind. Dit komt volgens mij doordat de schrijfster onvoldoende stil staat bij het *merit good* karakter van informatie. Volgens deze opvatting moet de overheid het aanbod van bepaalde hoogwaardige vormen van culturele informatie blijven stimuleren, ook als deze onvoldoende wordt afgenomen, omdat daarmee ook voor volgende generaties het behoud van cultuurgoederen kan worden verzekerd. Dit argument is steeds meer de hoeksteen geworden van een cultuurpolitiek, en als argument om een publieke omroep in stand te houden, naast het pluralistisch-democratische argument, steeds meer op de voorgrond gekomen. De discussie over de huidige negatieve ontwikkelingen van het openbare digitale informatieaanbod richten zich op de dramatische vraaguitval bij jongere generaties om

van de door publieke omroep en opinie printmedia geproduceerde hoogwaardige culturele en politieke informatie kennis te nemen. Het is dus een discussie over falende vraag, niet zozeer over falend aanbod. Andere aandachtspunten die ik mis zijn de verschuiving van de macht naar telediensten of info-telediensten zoals zoekmachines (Google!), portals en PC platforms (Windows!) die steeds meer sturend zijn in het informatieaanbod. Het boek concentreert zich mijns inziens teveel op netwerkniveau.

De delen II en III laten ons zien hoe de situatie er over het verleden uit zag. In de markt van printmedia corrigeerde de overheid voornamelijk met het mededingingsrecht via de concentratiecontrole op het aantal aanbieders en op horizontale en verticale integratie. Zoals deel III echter laat zien is er ook gewerkt met sectorspecifieke regels door vooraf marktaandeelen te fixeren en door cross ownership bepalingen die samenwerking tussen print en omroep of eigendom binnen een branche beperkten of verhinderden. Dit is dus een vrij ruwe benadering, temeer daar concentratiecontrole die ook kijkt naar informatie-inhoud stuit op constitutionele bezwaren. Een mededingingsautoriteit mag zich immers niet inlaten met de inhoud van de informatie. In Nederland zijn daarbij in de boekenmarkt publiekrechtelijke correcties ingezet met de vaste boekenprijs en subsidies van het Bedrijfsfonds voor de Pers.

Bij het elektronisch aanbod is de overheid via een sectorspecifieke aanpak altijd gegaan voor een aanbodgestuurde model waarin vooraf verschillende pluralistische instrumenten zijn ingebouwd, die ik hiervoor heb beschreven. Bij het commercieel aanbod is meer de aanpak als bij de printmedia gevolgd, zij het dat de Nederlandse overheid het verdelingsinstrument bij de commerciële radio heeft aangegrepen om vooraf sturend op te treden; zonder enig succes overigens.

Op het vlak van de distributie heeft de overheid gekozen voor de sectorspecifieke aanpak van het telecommunicatierecht. Ruwweg moet de overheid langs twee wegen in de markt ingrijpen. Bij dominantie op de infrastructuur en de teledienst, moeten er non discriminatoire toegangsverplichtingen worden opgelegd. Bij meer aanbieders moet de interconnectie tussen aanbieders kunnen worden afgedwongen. Weliswaar stond en staat bij deze interventie de bevordering van de mededinging in de telediensten en infrastructuurlaag voorop, maar indirect bevordert zij pluralisme in de hogere informatielaag. Toegangsverplichtingen bevorderen immers toetreding van meer informatieaanbieders. Interconnectieverplichtingen stellen concurrentie tussen telecomaandbieders veilig, maar bevorderen ook de pluriforme informatievoorziening, omdat ieder gebruiker en iedere informatieaanbieder met iedereen kan blijven communiceren (in wezen een variant op de must carry regel).

In het afrondende hoofdstuk concludeert de schrijfster dat wij het in de nieuwe omgeving met het mededingingsrecht zullen moeten doen, al nuanceert de schrijfster deze conclusie door bijstelling van het algemene mededingingsrecht met sector specifieke regels toe te laten met name op het niveau van de distributie (de specifieke regels in de richtlijnen over elektronische communicatie). Met het laatste ben ik het eens (ik ga voorbij aan de complicaties in de systematiek van de communicatie richtlijnen), met het eerste maar ten dele.

Met de schrijfster kunnen wij het eens zijn dat veel sector specifieke regels die marktaandeelen en cross ownership regels voor media ondernemingen vast stellen, niet of averechts hebben gewerkt. Wanneer ik mij tot Nederland beperk, kunnen wij concluderen dat de cross ownership bepaling in de Mediawet die mede-eigendom tussen omroep en print beperkt, convergentie heeft afgeremd. De cross ownership bepaling die de eigendom van meer radiofrequenties in een hand beperkt heeft niche marktvorming eveneens belemmerd. Maar wat moeten wij met een publieke omroep, als publieke dienst die een uitzondering vormt op het algemene mededingingsrecht? De

schrijfster zwijgt daarover, terwijl dat nu toch wel een van de hete hangijzers is. Moet de publieke omroep multimediaal verder in afgeslankte vorm? Maken wij de hoogwaardige politieke en culturele programma's alleen nog voor een elite (publieke omroep als niche zender)? Heeft de overheid een taak om de vraaguitval bij de jongere lezer en kijker bij de traditionele media tegen te gaan?<sup>[1]</sup> Meer in het algemeen: is er nog een mediabeleid mogelijk ten aanzien van het Internet, en zo ja, is het wenselijk? Ik noem als voorbeeld de toegang tot informatie via Google die geheel commercieel is gestuurd door trefwoordenverkoop en 'click rating'. Is er een informatie achterstand of beperking bij de gebruiker die we moeten corrigeren, aanvullen of sturen? Of vindt de gebruiker binnen het overweldigende aanbod toch wel wat hij zoekt? Met de schrijfster ben ik het eens dat controle op dominante posities bij de aanbieders via het mededingingsrecht is te verhelpen, maar of de Mededingingsautoriteit daarbij kwalitatieve inhoudelijke criteria kan hanteren, betwijfel ik. De schrijfster is erg gecharmeerd van de beslissing van de Europese Commissie in de aanmelding van de concentratie van de RTL en Veronica zenders door HMG/CLT. De Commissie legde toen als voorwaarde bij de goedkeuring aan de HMG op dat het Nederlandse RTL 5 kanaal moest worden omgevormd tot een nieuwskanaal. Dat lijkt mij nu bij uitstek een overschrijding van constitutionele bevoegdheden (die helaas op EG niveau onvoldoende zijn geregeld), omdat dat wel een zeer vergaande inhoudelijke overheidsbemoediging met het programmeringsbeleid van het concern vormde. Ook vraag ik mij af hoe een Mededingingsautoriteit, anders dan met algemene non discriminatie verplichtingen (dus op inhoudelijke 'pluriformiteit'gronden) toegang bij dominante partijen in de markt van zoekmachines kan afdwingen (Google). Behoren ontbundelingsbeslissingen (op inhoudelijke gronden) dat Google bijvoorbeeld bepaalde takken van zijn zoekbusiness moet afstoten, tot de mogelijkheden?

## Conclusie

Ik rond af. Voor ons ligt een diepgravende studie hoe wij in het nieuwe digitale tijdperk verder moeten met media- en telecommunicatie beleid van de overheid. Wetenschappelijk gezien noopt zij tot nadenken en verder denken, omdat zeker kritiek op de aanpak en de bevindingen van de schrijfster mogelijk is, die ik in het voorgaande ook heb gegeven. Voor zowel de Nederlandse als de Belgische rechtspraak bevat dit boek een schat aan informatie. De schrijfster heeft weinig literatuur en rechtspraak gemist. Het bronnenapparaat is uitvoerig, het trefwoorden register inzichtelijk. De lezer moet bij alle indelingen in hoofdstukken, afdelingen en becijferde en beletterde subparagrafen wel het kompas bij de hand houden.

---

## Noten

<sup>[1]</sup> Zie mijn column [Blogged in, tuned out, of: De toekomst van de kranten](#) in *Netkwesties*, 6 januari 2006.